



## Sbírka soudních rozhodnutí

ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (desátého senátu)

22. října 2015 \*

„Řízení o předběžné otázce — Veřejné zakázky — Směrnice 2004/18/ES — Důvody pro vyloučení z účasti na zadávacím řízení — Zakázka, která nedosahuje prahové hodnoty pro použití této směrnice — Základní pravidla Smlouvy o FEU — Prohlášení o akceptaci protokolu o legalitě týkajícího se boje proti trestné činnosti — Vyloučení kvůli nepředložení takového prohlášení — Přípustnost — Proporcionalita“

Ve věci C-425/14,

jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 267 SFEU, podaná rozhodnutím Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (Rada správního soudnictví pro region Sicílie, Itálie) ze dne 9. července 2014, došlým Soudnímu dvoru dne 17. září 2014, v řízení

**Impresa Edilux Srl**, jako zmocněnkyně dočasného sdružení podniků,

**Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF)**

proti

**Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani,**

**Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana,**

**UREGA – Sezione provinciale di Trapani,**

**Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana,**

za přítomnosti:

**Icogen Srl,**

SOUDNÍ DVŮR (desátý senát),

ve složení D. Šváby, předseda osmého senátu, vykonávající funkci předsedy desátého senátu, E. Juhász a C. Vajda (zpravodaj), soudci,

generální advokát: P. Cruz Villalón,

vedoucí soudní kanceláře: A. Calot Escobar,

s přihlédnutím k písemné části řízení,

\* Jednací jazyk: italština.

s ohledem na vyjádření předložená:

- za společnost Impresa Edilux Srl, jako zmocněnkyni dočasného sdružení podniků, a za Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF) F. Lattanzim a S. Iacuzzem, avvocati,
- za společnost Icogen Srl C. Giurdanellou, avvocato,
- za italskou vládu G. Palmieri, jako zmocněnkyní, ve spolupráci se S. Varonem, avvocato dello Stato,
- za Evropskou komisi D. Recchia a A. Tokárem, jako zmocněnci,

s přihlédnutím k rozhodnutí, přijatému po vypořádání generálního advokáta, rozhodnout věc bez stanoviska,

vydává tento

### **Rozsudek**

- 1 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká výkladu článku 45 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132), ve znění nařízení Komise (EU) č. 1251/2011 ze dne 30. listopadu 2011 (Úř. věst. L 319, s. 43, dále jen „směrnice 2004/18“).
- 2 Tato žádost byla podána v rámci sporu mezi společnostmi Impresa Edilux Srl (dále jen „společnost Edilux“), jako zmocněnkyní dočasného sdružení podniků tvořeného touto společností a společností Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF), jakož i posledně uvedenou společností na jedné straně a Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani (ředitelstvím správy kulturního dědictví a sicilské identity, výbor pro provincii Trapani), Assessorato ai Beni Culturali e dell’Identità Siciliana (ředitelstvím správy kulturního dědictví a sicilské identity), UREGA – Sezione provinciale di Trapani (UREGA, oddělení pro provincii Trapani) a Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana (ředitelství pro infrastrukturu a mobilitu v regionu Sicílie) (dále jen společně „veřejný zadavatel dotčený ve věci v původním řízení“) na straně druhé, který vyloučil společnosti Edilux a SICEF z účasti na zadávacím řízení, protože spolu se svojí nabídkou nepředložily prohlášení o akceptaci ustanovení uvedených v protokolu o legalitě.

### **Právní rámec**

#### *Unijní právo*

- 3 Článek 2 směrnice 2004/18 stanoví:

„Veřejní zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásad rovnosti a zákazu diskriminace a postupují transparentním způsobem.“

- 4 Podle čl. 7 písm. c) této směrnice se tato směrnice vztahuje na veřejné zakázky na stavební práce, jejichž odhadovaná hodnota bez daně z přidané hodnoty se rovná nebo je vyšší než 5 000 000 eur.

- 5 Článek 45 uvedené směrnice, nadepsaný „Osobní situace zájemce nebo uchazeče“, v odstavcích 1 a 2 stanoví:

„1. Z účasti na veřejné zakázce je vyloučen každý zájemce nebo uchazeč, který byl odsouzen pravomocným rozsudkem známým veřejnému zadavateli, pro jeden nebo více následujících činů:

- a) účast na zločinném spolčení [...]
- b) korupce, [...]
- c) podvod [...]
- d) praní peněz [...]

Členské státy upřesní, v souladu se svým vnitrostátním právem a s přihlédnutím k právu Společenství, podmínky pro uplatňování tohoto odstavce.

Mohou požadavek uvedený v prvním pododstavci upravit odchylně z důvodu zásadních požadavků obecného zájmu.

[...]

2. Z účasti na zakázce může být vyloučen každý hospodářský subjekt:

- a) který je v úpadku nebo v likvidaci, který je předmětem soudní správy, který uzavřel dohodu o vyrovnání se svými věřiteli, který pozastavil svou obchodní činnost nebo který je v podobné situaci vyplývající z podobných řízení podle vnitrostátních právních a správních předpisů;
- b) který je předmětem řízení o prohlášení úpadku, řízení o návrhu na zrušení, řízení o uvalení soudní správy, řízení o návrhu na povolení vyrovnání nebo jiného podobného řízení podle vnitrostátních právních a správních předpisů;
- c) který byl pravomocným rozsudkem uznán vinným, v souladu s právními předpisy země, ze spáchání trestného činu spojeného s jeho podnikáním;
- d) který se dopustil vážného profesního pochybení, které mohou veřejní zadavatelé prokázat jakýmkoli prostředky;
- e) který nesplnil povinnosti vztahující se k placení příspěvků na sociální zabezpečení podle právních předpisů země, v níž je usazen, nebo podle právních předpisů země veřejného zadavatele;
- f) který nesplnil povinnosti vztahující se k placení daní a poplatků podle právních předpisů země, v níž je usazen, nebo podle právních předpisů země veřejného zadavatele;
- g) který se dopustil vážného zkreslení při poskytování informací, které mohou být vyžadovány podle tohoto oddílu [nebo tyto informace neposkytl].

Členské státy upřesní, v souladu se svým vnitrostátním právem a s přihlédnutím k právu Společenství, podmínky pro uplatňování tohoto odstavce.“

### *Italské právo*

- 6 Článek 46 odst. 1a legislativního nařízení č. 163 o zavedení kodexu veřejných zakázek na stavební práce, služby a dodávky, kterým se provádí směrnice 2004/17/ES a 2004/18/ES (decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) ze dne 12. dubna 2006 (běžný dodatek ke GURI č. 100 ze dne 2. května 2006), stanoví:

„Veřejný zadavatel vyloučí uchazeče či soutěžící v případě, že nesplní povinnosti stanovené v tomto kodexu, nařízení a v jiných ustanoveních platných právních předpisů, jakož i v případech, kdy existuje naprostá nejistota ohledně obsahu a původu nabídky z důvodu chybějícího podpisu či jiných podstatných náležitostí, anebo v případě porušení celistvosti obálky obsahující nabídku a žádost o účast či jiných nesrovnalostí souvisejících s uzavřením obálek, na jejichž základě lze usuzovat, že došlo k porušení zásady důvěrnosti nabídek; oznámení o zakázce a výzvy k podávání nabídek nemohou obsahovat další požadavky, jejichž nesplnění by vedlo k vyloučení. Tyto požadavky jsou v každém případě neplatné.“

- 7 Článek 1 odst. 17 zákona č. 190, kterým se zavádějí ustanovení o předcházení a potlačování korupce a protiprávního jednání ve veřejné správě (legge n. 190, disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione) ze dne 6. listopadu 2012 (GURI č. 265 ze dne 13. listopadu 2012, dále jen „zákon č. 190/2012“), zní:

„Veřejní zadavatelé mohou v oznámeních o zakázce nebo ve výzvách k podávání nabídek stanovit, že nedodržení ustanovení obsažených v protokolech o legalitě či v paktech integrity představuje důvod pro vyloučení ze zadávacího řízení.“

### **Spor v původním řízení a předběžné otázky**

- 8 Společnost Edilux je hlavní zmocněnkyní dočasného sdružení podniků a společnost SICEF je jeho zmocnitelkou. Dne 20. května 2013 jim veřejný zadavatel dotčený ve věci v původním řízení zadal veřejnou zakázku na stavební práce v odhadované hodnotě 2 271 735 eur, která se týkala restaurování řeckých chrámů na Sicílii.
- 9 Na základě stížnosti společnosti Icogen Srl, jejíž nabídka byla v zadávacím řízení zařazena na druhé místo, veřejný zadavatel dotčený ve věci v původním řízení dne 18. června 2013 rozhodnutí o zadání předmětné zakázky společností Edilux a SICEF zrušil a s konečnou platností tuto zakázku zadal společnosti Icogen Srl.
- 10 Veřejný zadavatel dotčený ve věci v původním řízení vycházel při tomto zrušení, a tudíž i při vyloučení společnosti Edilux a SICEF ze zadávacího řízení, z toho, že tyto společnosti spolu se svojí nabídkou nepředložily prohlášení o akceptaci ustanovení uvedených v protokolu o legalitě, které mělo být předloženo podle schématu uvedeného v příloze 6 zadávací dokumentace uvedené zakázky. V části této zadávací dokumentace nazvané „Upozornění“ bylo uvedeno, že toto prohlášení je zásadní dokument, který je třeba předložit pod hrozbou vyloučení ze zadávacího řízení.
- 11 Ve zmíněném prohlášení, jehož kopie se nachází ve spise předloženém Soudnímu dvoru, je uvedeno následující:

„[Účastník zadávacího řízení] se pro případ zadání veřejné zakázky výslovně zavazuje, že

- a. bude veřejného zadavatele [...] informovat [...] o aktuálním stavu prací, předmětu a hodnotě subdodavatelských a odvozených smluv a o osobách z těchto smluv oprávněných [...] jakož i o způsobech výběru smluvních partnerů [...];

- b. oznámí veřejnému zadavateli jakýkoliv pokus o narušení, protiprávní jednání či zásah zaznamenaný v průběhu zadávacího řízení nebo při plnění zakázky ze strany kteréhokoliv dotčeného subjektu, zaměstnance nebo osoby, která může ovlivnit rozhodnutí o předmětném zadání veřejné zakázky;
- c. bude spolupracovat s policejními orgány tím, že nahlásí jakýkoliv pokus trestného činu vydírání, zastrasování nebo ovlivňování [...];
- d. zaneše stejná ustanovení do subdodavatelských smluv [...], a je si vědom skutečnosti, že v opačném případě nebudou udělena případná povolení;

Výslovně a čestně prohlašuje,

- e. že není ve vztahu ovládání nebo propojení (právním či faktickým) s ostatními soutěžícími a že s ostatními účastníky zadávacího řízení neuzavřel nebo neuzavře žádnou dohodu;
  - f. že nezadá formou subdodávky žádný druh práce ostatním podnikům, které se zúčastnily zadávacího řízení [...] a že si je vědom skutečnosti, že v opačném případě tyto subdodavatelské smlouvy nebudou schváleny;
  - g. že nabídka je v souladu se zásadami serióznosti, integrity, nezávislosti a důvěrnosti a že se zavazuje dodržovat zásady poctivosti, transparentnosti a bezúhonnosti; a že s ostatními účastníky zadávacího řízení neuzavřel a neuzavře žádnou dohodu, která by směřovala k omezení hospodářské soutěže nebo jejímu zamezení;
  - h. že se pro případ zadání zakázky zavazuje, že veřejnému zadavateli oznámí jakýkoliv pokus o narušení, protiprávní jednání či zásah zaznamenaný v průběhu zadávacího řízení nebo při plnění zakázky ze strany kteréhokoliv dotčeného subjektu, zaměstnance nebo osoby, která může ovlivnit rozhodnutí o předmětném zadání veřejné zakázky;
  - i. že se zavazuje, že bude spolupracovat s policejními orgány tím, že nahlásí jakýkoliv pokus trestného činu vydírání, zastrasování nebo ovlivňování [...];
  - j. že se zavazuje, že zaneše stejná ustanovení do subdodavatelských smluv [...] a že si je vědom skutečnosti, že v opačném případě nebudou udělena případná povolení;
  - k. [...] si je vědom skutečnosti, že výše uvedená prohlášení a závazky jsou podmínkou účasti na zadávacím řízení, takže pokud veřejný zadavatel v průběhu zadávacího řízení na základě závažných, konkrétních a shodujících se důkazů prokáže existenci faktického propojení, podnik bude vyloučen.“
- 12 Vzhledem k tomu, že Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (regionální správní soud pro Sicílii) zamítl žalobu společností Edilux a SICEF proti rozhodnutí veřejného zadavatele dotčeného ve věci v původním řízení ze dne 18. června 2013, podaly tyto společnosti odvolání ke Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (Radě správního soudnictví pro region Sicílie).
- 13 Předkládající soud vysvětluje, že v rámci italského právního řádu je cílem povinnosti předkládat protokoly o legalitě předcházet škodlivému fenoménu pronikání organizovaného zločinu – který je v některých regionech na jihu Itálie značně rozšířen – zejména do oblasti veřejných zakázek a bojovat proti němu. Tyto protokoly jsou důležité i z hlediska ochrany základních zásad hospodářské soutěže a transparentnosti, které jsou základem italské a unijní právní úpravy veřejných zakázek.

- 14 Podle předkládajícího soudu čl. 1 odst. 17 zákona č. 190/2012 předpokládá, že veřejní zadavatelé mohou pod hrozbou vyloučení ze zadávacího řízení vyžadovat, aby k akceptaci takových protokolů, která je nezbytná k tomu, aby byla ustanovení těchto protokolů závazná, došlo *ex ante*. Pokud by totiž bylo možné sankcionovat pouze nedodržení těchto ustanovení ve stadiu plnění zakázky, vytratil by se zamýšlený a deklarovaný účinek spočívající v co nejčasnějším nastavení úrovně ochrany a odstrašení. Takový důvod pro vyloučení je kromě toho přípustný z hlediska čl. 46 odst. 1a legislativního nařízení č. 163, který upravuje vyloučení ze zadávacího řízení na základě ustanovení platných právních předpisů, mezi něž patří i zmíněné ustanovení zákona č. 190/2012.
- 15 Předkládající soud má ovšem pochybnosti ohledně slučitelnosti takového důvodu pro vyloučení s unijním právem. V tomto ohledu poukazuje na to, že článek 45 směrnice 2004/18, který v odstavci 1 prvním pododstavci a odstavci 2 prvním pododstavci stanoví taxativní výčet důvodů pro vyloučení, neobsahuje podobné ustanovení. Předkládající soud se naproti tomu domnívá, že by čl. 1 odst. 17 zákona č. 190/2012 mohl být v souladu s čl. 45 odst. 1 třetím pododstavcem této směrnice, který podle něj stanoví, že se od taxativního výčtu důvodů pro vyloučení lze odchýlit z důvodu zásadních požadavků obecného zájmu, jako jsou požadavky související s veřejným pořádkem a s předcházením trestné činnosti.
- 16 Předkládající soud dodává, že i když hodnota veřejné zakázky na sporné stavební práce nedosahuje relevantní prahové hodnoty pro použití směrnice 2004/18, uplatní se zde zásady unijního práva. V tomto ohledu uvádí, že tato zakázka vykazuje nepochybný přeshraniční význam, jelikož některá ustanovení zvláštní úpravy řízení o uvedené zakázce se týkají účasti podniků, které nemají sídlo v Itálii.
- 17 Za těchto podmínek se Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (Rada správního soudnictví pro region Sicílie) rozhodla přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:
- „1) Brání unijní právo, a konkrétně článek 45 směrnice 2004/18 takovému ustanovení, jako je čl. 1 odst. 17 zákona č. 190/2012, které veřejným zadavatelům umožňuje, aby stanovili jako legitimní důvod pro vyloučení podniků účastnících se zadávacího řízení to, že [...] podniky nepřijaly závazky obsažené v „protokolech o legalitě“ a obecněji v dohodách uzavřených mezi veřejnými zadavateli a podniky účastnícími se zadávacího řízení, jejichž cílem je bojovat proti pronikání organizovaného zločinu do oblasti veřejných zakázek, nebo toto přijetí neprokázaly listinnými důkazy?
- 2) Je možné ve smyslu článku 45 směrnice 2004/18 považovat případné ustanovení v právním řádu členského státu o pravomoci vyloučení, která je popsána v první otázce, za odchylku od zásady taxativnosti výčtu důvodů pro vyloučení, která je odůvodněna naléhavou potřebou boje proti pokusům o pronikání organizovaného zločinu do zadávacích řízení?“

## K předběžným otázkám

### Úvodní poznámky

- 18 Předběžné otázky položené předkládajícím soudem se týkají výkladu článku 45 směrnice 2004/18. Předkládající soud však v žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce konstatuje, že hodnota veřejné zakázky na stavební práce dotčené ve věci v původním řízení nedosahuje relevantní prahové hodnoty pro použití této směrnice, tj. prahové hodnoty stanovené v čl. 7 písm. c) této směrnice.



- 19 Je třeba připomenout, že zvláštní a přísné postupy stanovené unijními směrnici o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek se použijí pouze na zakázky, jejichž hodnota překračuje prahovou hodnotu výslovně stanovenou v každé z těchto směrnic. Pravidla upravená ve zmíněných směrniciích se tak nepoužijí na zakázky, jejichž hodnota nedosahuje prahové hodnoty stanovené v těchto směrniciích (viz rozsudek *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, bod 15 a citovaná judikatura). Článek 45 směrnice 2004/18 se tudíž na spor v původním řízení nepoužije.
- 20 Z ustálené judikatury Soudního dvora však plyne, že okolnost, že předkládající soud formuloval předběžnou otázku tak, že odkázal pouze na určitá ustanovení unijního práva, nebrání tomu, aby Soudní dvůr tomuto soudu poskytl veškeré prvky výkladu, které mohou být pro rozsouzení věci, jež mu byla předložena, užitečné, ať již na ně posledně uvedený soud v položených otázkách odkázal, či nikoli. V tomto ohledu přísluší Soudnímu dvoru, aby ze všech poznatků předložených vnitrostátním soudem, a zejména z odůvodnění předkládacího rozhodnutí, vytěžil ty prvky unijního práva, které je s přihlédnutím k předmětu sporu třeba vyložit (viz zejména rozsudek *Ville d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* a další, C-225/13, EU:C:2014:245, bod 30 a citovaná judikatura).
- 21 Podle ustálené judikatury rovněž platí, že na zadávání zakázek, které vzhledem ke své hodnotě nespadají do působnosti unijních směrnic o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek, se nicméně vztahují základní pravidla a obecné zásady Smlouvy o FEU, zejména zásada rovného zacházení a zásada zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, jakož i povinnost transparentnosti, která z nich vyplývá, a to za předpokladu, že tyto zakázky mají s ohledem na určitá objektivní kritéria nepochybný přeshraniční význam (v tomto smyslu viz rozsudek *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, bod 16 a citovaná judikatura).
- 22 Předkládající soud v tomto ohledu připouští, že na spor, který mu byl předložen, se zásady unijního práva uplatní, a v této souvislosti konstatuje, že ve věci je dán nepochybný přeshraniční význam, jelikož některá ustanovení zvláštní úpravy řízení o zakázce, která je předmětem tohoto sporu, se týkají účasti podniků, které nemají sídlo v Itálii.
- 23 Za těchto podmínek je třeba konstatovat, že se první otázka týká výkladu základních pravidel a obecných zásad Smlouvy uvedených v bodě 21 tohoto rozsudku.
- 24 Naproti tomu není namístě odpovídat na druhou otázku. Jak totiž vyplývá z odůvodnění předkládacího rozhodnutí, tato otázka se týká konkrétně čl. 45 odst. 1 třetího pododstavce směrnice 2004/18, který upravuje odchylku – z důvodu zásadních požadavků obecného zájmu – od povinnosti veřejného zadavatele, která je uvedena v prvním pododstavci téhož odstavce, vyloučit z účasti na veřejné zakázce každého zájemce nebo uchazeče, který byl odsouzen pravomocným rozsudkem pro jeden nebo více činů vyjmenovaných v tomto ustanovení.

#### *K první otázce*

- 25 První otázka tedy musí být chápána tak, že se v podstatě týká toho, zda základní pravidla a obecné zásady Smlouvy, zejména zásada rovného zacházení a zásada zákazu diskriminace, jakož i povinnost transparentnosti, která z nich vyplývá, musejí být vykládány v tom smyslu, že brání ustanovení vnitrostátního práva, podle něhož může veřejný zadavatel stanovit, že se ze zadávacího řízení vyloučí zájemce nebo uchazeč, který spolu se svojí nabídkou nepředložil takové písemné přijetí závazků a prohlášení obsažených v protokolu o legalitě, o jaké jde v původním řízení, jehož cílem je bojovat proti pronikání organizovaného zločinu do oblasti veřejných zakázek.
- 26 Soudní dvůr již rozhodl, že členským státům je třeba přiznat určitý prostor pro uvážení při přijímání opatření, jež mají zajistit dodržování zásady rovného zacházení a povinnosti transparentnosti, kterými jsou veřejní zadavatelé vázáni v rámci celého řízení o zadání veřejné zakázky. Každý členský stát je totiž ve světle historických, právních, hospodářských nebo sociálních hledisek, která mu jsou vlastní,

nejlépe schopen identifikovat situace, v nichž může docházet k jednáním vedoucím k porušování této zásady a povinnosti (v tomto smyslu viz rozsudek Serrantoni a Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, body 31 a 32 a citovaná judikatura).

- 27 Podle předkládajícího soudu je cílem protokolu o legalitě, o němž jde v původním řízení, předcházet fenoménu pronikání organizovaného zločinu – který je v některých regionech na jihu Itálie značně rozšířen – zejména do oblasti veřejných zakázek a bojovat proti němu. Protokol o legalitě slouží rovněž k ochraně zásad hospodářské soutěže a transparentnosti, které jsou základem italské a unijní právní úpravy veřejných zakázek.
- 28 Je nutno konstatovat, že se zdá, že takové opatření, jako je povinnost prohlášení o akceptaci tohoto druhu protokolu o legalitě, je v boji proti trestné činnosti a narušování hospodářské soutěže v oblasti veřejných zakázek schopno podpořit rovné zacházení a transparentnost při zadávání zakázek. Kromě toho je třeba podotknout, že jelikož má tuto povinnost bez rozdílu každý zájemce či uchazeč, není v rozporu se zásadou zákazu diskriminace.
- 29 V souladu se zásadou proporcionality, která je obecnou zásadou unijního práva, však takové opatření nesmí překračovat meze toho, co je nezbytné k dosažení sledovaného cíle (v tomto smyslu viz rozsudek Serrantoni a Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, bod 33 a citovaná judikatura).
- 30 V tomto ohledu je třeba zaprvé odmítnout argument společností Edilux a SICEF, podle kterého prohlášení o přijetí určitých závazků není účinným prostředkem boje proti pronikání organizovaného zločinu, jelikož dodržení těchto závazků lze ověřit až po zadání předmětné zakázky.
- 31 Předkládající soud totiž uvedl, že ustanovení protokolů o legalitě musí být proto, aby byla závazná, akceptována *ex ante* jakožto podmínka připuštění do zadávacího řízení, a že pokud by bylo možné sankcionovat pouze nedodržení těchto ustanovení ve stadiu plnění zakázky, vytratil by se účinek spočívající v co nejčasnějším nastavení úrovně ochrany a odstrašení. Za těchto podmínek se s ohledem na prostor pro uvážení přiznaný členským státům, který je připomenut v bodě 26 tohoto rozsudku, nelze domnívat, že povinnost prohlášení o přijetí závazků obsažených v protokolu o legalitě na začátku účasti na zadávacím řízení překračuje meze toho, co je nezbytné k dosažení sledovaných cílů.
- 32 Zadruhé, pokud jde o obsah protokolu o legalitě dotčeného v původním řízení, závazky, které musí přijmout zájemci a uchazeči podle bodů a) až d) tohoto protokolu, spočívají zejména v informování o aktuálním stavu prací, předmětu a hodnotě subdodavatelských a odvozených smluv a osobách z těchto smluv oprávněných, jakož i o způsobech výběru smluvních partnerů, dále v oznámení jakéhokoli pokusu o narušení, protiprávní jednání či zásah v průběhu zadávacího řízení a při plnění zakázky, ve spolupráci s policejními orgány tím, že bude nahlášen jakýkoliv pokus trestného činu vydírání, zastrašování nebo ovlivňování, jakož i v zanesení stejných ustanovení do subdodavatelských smluv. Tyto závazky se překrývají s prohlášeními obsaženými v tomto protokolu v bodech h) až j).
- 33 Co se týče prohlášení, které je uvedeno v bodě g) protokolu o legalitě dotčeného v původním řízení, podle kterého účastník prohlašuje, že neuzavřel a neuzavře žádnou dohodu s ostatními účastníky zadávacího řízení, která by směřovala k omezení hospodářské soutěže nebo jejímu zamezení, účel tohoto prohlášení spočívá pouze v ochraně zásad hospodářské soutěže a transparentnosti v řízeních o zadávání veřejných zakázek.
- 34 Takové závazky a prohlášení se týkají poctivého chování zájemce nebo uchazeče vůči veřejnému zadavateli dotčenému ve věci v původním řízení a spolupráce s bezpečnostními sbory. Nepřekračují tedy meze toho, co je nezbytné k boji proti pronikání organizovaného zločinu do oblasti veřejných zakázek.
- 35 Bod e) protokolu o legalitě dotčeného v původním řízení ovšem počítá s prohlášením, podle kterého účastník není ve vztahu ovládání nebo propojení s ostatními soutěžícími.



- 36 Jak přitom uvedla Evropská komise v písemném vyjádření, z judikatury Soudního dvora vyplývá, že automatické vyloučení zájemců nebo uchazečů, kteří mají s ostatními zájemci či uchazeči takový vztah, překračuje meze toho, co je nezbytné pro předcházení koluzním jednáním, a tudíž i pro uplatňování zásady rovného zacházení a dodržování povinnosti transparentnosti. Takové automatické vyloučení totiž zakládá nevyvratitelnou domněnku vzájemného působení v rámci nabídek podniků, které jsou propojeny vztahem ovládnutí nebo propojení, ke stejné zakázce. Těmto zájemcům či uchazečům tak znemožňuje prokázat nezávislost jejich nabídek, a je tudíž v rozporu se zájmem Unie, kterým je zajistit co nejširší možnou účast uchazečů na zadávacím řízení (v tomto smyslu viz rozsudky Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, body 28 až 30, jakož i Serrantoni a Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, body 39 a 40).
- 37 Ve zmíněném bodě e) je uvedeno rovněž prohlášení, že účastník neuzavřel a neuzavře dohodu s ostatními účastníky zadávacího řízení. Vzhledem k tomu, že takové prohlášení vylučuje jakoukoliv dohodu mezi účastníky, a to včetně dohod, které nemohou omezit hospodářskou soutěž, překračuje meze toho, co je nezbytné k zachování zásady hospodářské soutěže v oblasti veřejných zakázek. Takové prohlášení se proto liší od prohlášení uvedeného v bodě g) protokolu o legalitě dotčeného v původním řízení.
- 38 Z toho vyplývá, že povinnost účastníka řízení o zadání veřejné zakázky prohlásit, že není s ostatními soutěžícími ve vztahu ovládnutí nebo propojení a že s ostatními účastníky zadávacího řízení nemá uzavřenou žádnou dohodu, přičemž nepředložení takového prohlášení vede k tomu, že je z tohoto řízení automaticky vyloučen, porušuje zásadu proporcionality.
- 39 Stejně úvahy se uplatní, i pokud jde o prohlášení uvedené v bodě f) protokolu o legalitě dotčeném v původním řízení, podle kterého účastník prohlašuje, že nezadá formou subdodávky žádný druh práce ostatním podnikům, které se zúčastnily zadávacího řízení, a že si je vědom skutečnosti, že v opačném případě nebudou tyto subdodavatelské smlouvy schváleny. Takové prohlášení totiž zakládá nevyvratitelnou domněnku, podle níž platí, že pokud úspěšný uchazeč o veřejnou zakázku po zadání zakázky případně uzavře subdodavatelskou smlouvu s jiným účastníkem stejného zadávacího řízení, mezi oběma dotčenými podniky dochází ke koluzi, aniž je těmto podnikům umožněno prokázat opak. Takové prohlášení tedy překračuje meze toho, co je nezbytné k předcházení koluzním jednáním.
- 40 S ohledem na cíl spočívající v předcházení fenoménu pronikání organizovaného zločinu a boji proti němu je dále třeba podotknout, že pokud by jiný podnik, který se zúčastnil zadávacího řízení, případně vyvíjel na uchazeče, jemuž byla zakázka zadána, jakýkoliv nátlak, aby mu bylo formou subdodávky zadáno plnění této zakázky, muselo by toto jednání být podle bodů b), c), g), h) a i) protokolu o legalitě dotčeném v původním řízení oznámeno veřejnému zadavateli či případně nahlášeno policejním orgánům.
- 41 Na první položenou otázku je třeba s ohledem na výše uvedené odpovědět tak, že základní pravidla a obecné zásady Smlouvy, zejména zásada rovného zacházení a zásada zákazu diskriminace, jakož i povinnost transparentnosti, která z nich vyplývá, musejí být vykládány v tom smyslu, že nebrání ustanovení vnitrostátního práva, podle něhož může veřejný zadavatel stanovit, že ze zadávacího řízení se automaticky vyloučí zájemce nebo uchazeč, který spolu se svojí nabídkou nepředložil takové písemné přijetí závazků a prohlášení obsažených v protokolu o legalitě, jako je to, o něž se jedná ve věci v původním řízení, jehož cílem je bojovat proti pronikání organizovaného zločinu do oblasti veřejných zakázek. Avšak pokud tento protokol obsahuje prohlášení, že zájemce nebo uchazeč není ve vztahu ovládnutí či propojení s ostatními zájemci či uchazeči, neuzavřel a neuzavře dohodu s ostatními účastníky zadávacího řízení a nezadá formou subdodávky žádný druh práce jiným podnikům, které se zúčastnily tohoto řízení, nemůže vést nepředložení takových prohlášení k automatickému vyloučení zájemce nebo uchazeče z uvedeného řízení.

## K nákladům řízení

- 42 Vzhledem k tomu, že řízení má, pokud jde o účastníky původního řízení, povahu incidenčního řízení ve vztahu ke sporu probíhajícímu před předkládajícím soudem, je k rozhodnutí o nákladech řízení příslušný uvedený soud. Výdaje vzniklé předložením jiných vyjádření Soudnímu dvoru než vyjádření uvedených účastníků řízení se nenahrazují.

Z těchto důvodů Soudní dvůr (desátý senát) rozhodl takto:

**Základní pravidla a obecné zásady Smlouvy o FEU, zejména zásada rovného zacházení a zásada zákazu diskriminace, jakož i povinnost transparentnosti, která z nich vyplývá, musejí být vykládány v tom smyslu, že nebrání ustanovení vnitrostátního práva, podle něhož může veřejný zadavatel stanovit, že ze zadávacího řízení se automaticky vyloučí zájemce nebo uchazeč, který spolu se svojí nabídkou nepředložil takové písemné přijetí závazků a prohlášení obsažených v protokolu o legalitě, jako je to, o něž se jedná ve věci v původním řízení, jehož cílem je bojovat proti pronikání organizovaného zločinu do oblasti veřejných zakázek. Avšak pokud tento protokol obsahuje prohlášení, že zájemce nebo uchazeč není ve vztahu ovládnutí či propojení s ostatními zájemci či uchazeči, neuzavřel a neuzavře dohodu s ostatními účastníky zadávacího řízení a nezadá formou subdodávky žádný druh práce jiným podnikům, které se zúčastnily tohoto řízení, nemůže vést nepředložení takových prohlášení k automatickému vyloučení zájemce nebo uchazeče z uvedeného řízení.**

Podpisy.